

PROCESSO, JURISDIÇÃO E PROCESSUALISMO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO NA AMÉRICA LATINA: ALGUNS APONTAMENTOS

DIERLE NUNES*
ALEXANDRE BAHIA**

RESUMO

O texto realiza uma análise das transições do estudo do direito processual e da necessidade de assunção de uma perspectiva constitucional democrática baseada no resgate da importância do processo, na comparticipação e no policentrismo.

PALAVRAS-CHAVE: Policentrismo – Comparticipação – reformas – Jurisdição - Processo

Sumário: 1. O processo como meio para viabilizar uma jurisdição contramajoritária. 2. A necessária abertura do Direito Processual a novos conteúdos e dimensões. 3. Por um Processualismo Constitucional Democrático. 4. Considerações finais.

* Professor na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), na Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) e na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS).

** Professor no Programa de Mestrado em Direito na Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM).

1. PROCESSO PARA VIABILIZAR UMA JURISDIÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA

No atual estágio do direito na América Latina, o campo processual, sem dúvidas, é um daqueles que suscita maiores digressões em face do fenômeno da judicialização de inúmeras temáticas e pela utilização do processo para viabilizar uma jurisdição com função contra-majoritária e como espaço institucional para aqueles que não conseguem ser ouvidos nas arenas institucionais majoritárias (parlamento e executivo).

Minorias devem poder buscar amparo no Judiciário para se evitar o descumprimento da Constituição frente a maiorias (eventuais). O Parlamento, numa democracia plural, deve espelhar essa pluralidade e estar “sensível” às demandas, de forma que, mesmo que um argumento seja hoje vencedor, isso não o impeça o órgão de “resgatar” os demais antes vencidos.¹ Sabe-se, entretanto, que, mesmo em democracias mais consolidadas,

[p]oucos negariam que os membros de grupos sociais estruturais menos privilegiados estão sub-representados na maioria das democracias contemporâneas. [...] Muitos consideram incorreta essa exclusão ou marginalização política de grupos e indivíduos subor-

¹ Habermas mostra que, se a regra da maioria é um componente da democracia, de outro lado, o “jogo” democrático deve ser tal que possibilite a “resgatabilidade” dos argumentos (da minoria) descartados no momento da decisão: “La regla de la mayoría conforme a la que, en los tribunales de justicia de composición colegial, en los Parlamentos o en los órganos concernientes a autoadministración (...) mantiene una relación interna con la búsqueda de la verdad por vía de que la decisión tomada por la mayoría sólo representa una cesura en una discusión ininterrumpida, que no fija, por así decir, sino el resultado provisional de una permanente formación discursiva de la opinión” (HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998, p. 247). A necessidade da decisão, no entanto, não elimina (mas, ao invés, pressupõe) que a minoria “tenga la oportunidad de conseguir en el futuro la mayoría con mejores argumentos y de poder revisar así la decisión tomada” (*idem*, p. 248).

dinados, pois isso frustra as promessas de igualdade política e de oportunidades que estão na base dos princípios democráticos.²

Isso se torna um desafio à democracia, porque: “Propiciar maior inclusão e influência aos grupos sociais sub-representados pode contribuir para que uma sociedade enfrente e reduza a desigualdade social estrutural”.³

Em um Estado Democrático de Direito percebe-se que “democracia” e “constitucionalismo” devem andar lado a lado, em relação de tensão, sob pena de que, a prevalência de um sem o outro acabe gerando ditadura. A Democracia trabalha com a ideia de maiorias: temas são apresentados e a maioria dos votantes elege a opção vencedora. A Constituição, por outro lado, funciona como repositório de direitos fundamentais de que minorias podem se valer para se defender contra pretensões da maioria. Dessa forma,

o constitucionalismo só é efetivamente constitucional se institucionaliza a democracia, o pluralismo, a cidadania de todos, se não o fizer é despotismo, autoritarismo; bem como a democracia só é democracia se impõe limites constitucionais à vontade popular, à vontade da maioria, se assim não for estaremos diante de uma ditadura, do despotismo, do autoritarismo.⁴

² YOUNG, Iris Marion. Representação Política, Identidade e Minorias. *Revista Lua Nova*, 67, 2006, p. 169-170.

³ YOUNG, Iris Marion. Representação Política, Identidade e Minorias. *Revista Lua Nova*, 67, 2006, p. 170.

⁴ CARVALHO NETTO, Menelick. A constituição da europa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) *Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 282-283. E, noutro texto, completa: “Sempre que se buscou na história constitucional instaurar um deles em detrimento do outro, resultaram apenas simulacros, ou uma ditadura travestida de democracia ou um arremedo de Constituição que, ao invés de garantir a formação e a manifestação institucional da opinião e vontade públicas, as viola e a elas se opõe, transformando o texto constitucional em mera letra morta e dando azo a graves processos de anomia” (CARVALHO NETTO, Menelick de. A racionalização do ordenamento jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, Imprensa Universitária da UFMG, n. 88, dez. 2003, p. 83).

Em sendo o sistema constitucional tal que se apresente como constante aprendizado, a Constituição é (e deve ser tida, sempre como) um projeto aberto⁵ a constantes novas inclusões. Isso possibilita que novos direitos possam ser incorporados, como, aliás, consta expressamente do parágrafo 2º de seu artigo 5º, CR/88.⁶

Lutas de movimentos sociais, do movimento negro, ambientais,⁷ do movimento LGBT⁸, de grupos religiosos, entre outras minorias e temáticas,⁹ encontram espaço processual para

⁵ Cf. CARVALHO NETTO, M. A Constituição da Europa. In: SAMPAIO, José A. Leite (coord.). *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 282.

⁶ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁷ A utilização da litigância de interesse público vem se tornando comum no Brasil, mediante a utilização de Ações Coletiva promovidas pelo Ministério Público. Este não é um fenômeno tão somente brasileiro e da América Latina. Como notícia Jie GAO, desde 27 de Dezembro de 2007 tal litigância vem se tornando viável na China, quando a Corte Ambiental de Qingzhen, uma cidade em nível de distrito sob a jurisdição da capital provincial, Guiyang, Província de Guizhou, publicamente proferiu sua decisão no caso da Fábrica Química Tianfeng. Inclusive há uma tendência para criação de órgãos jurisdicionais especializados para tal temática. Desde o final de 2007, onze cortes ambientais foram estabelecidas em três províncias na China; especificamente, duas em Guizhou, uma em Jiangsu, e oito em Yunnan. Cf. GAO, Jie. *Environmental Public Interest Litigation and the Vitality of Environmental Courts: the development and future of environmental courts in China*. Acessível em: <http://www.greenlawchina.org/2010/03/environmental-public-interest-litigation-continues-to-develop/>

⁸ Como na recente decisão de 05 de maio de 2011 na qual do pleno do STF na Adi 4277 aceitou a união estável dos casais homoafetivos.

⁹ Como o aborto, da forma como a questão foi levada e dedicada pela Corte Constitucional da Colômbia em 2006, ao “despenalizar” a prática em três situações: estupro, má-formação grave do feto ou em caso de risco de morte à mãe. Sobre o tema ver SIERRA, Isabel C. Jaramillo; SIERRA, Tatiana Alfonso. *Mujeres, Cortes y Medios: la reforma judicial del aborto*. Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad de los Andes, 2008. No Brasil, a ADPF n. 54, ainda em curso, trata da permissão para “interrupção terapêutica de gravidez” de fetos

serem exercidos, em face da garantia constitucional processual de acesso à justiça que viabiliza a busca perante o Poder Judiciário de qualquer pretensão.

Ao mesmo tempo, coloca-se em discussão em qual medida esse exercício de questões de variado matiz, perante a jurisdição, teriam legitimidade em face do impacto que podem conduzir.

Se pesquisarmos o histórico recente das proposições legislativas que tramita(ram) no Congresso Nacional a respeito de direitos fundamentais, desde aquelas que efetivamente passaram pelas Comissões até aquelas que foram simplesmente “abortadas de início”, sem maiores discussões sobre seu mérito ou que foram arquivadas por falta de manifestação e compararmos estas proposições com os respectivos temas que têm sido levados aos tribunais, temas sobre os quais não há lei (ou esta está caduca), veremos que parte da litigância se dá em razão da **incapacidade do Legislativo em oferecer respostas às demandas**.¹⁰

Isso porque partidos políticos no Brasil, em geral, não “tomam partido” (nem a favor nem contra): quando se tratar de temas fraturantes, simplesmente não decidem.¹¹ Isso é algo extremamente

anencéfalos.

¹⁰ Essa “inércia” legislativa foi um ponto sobre o qual vários Ministros do STF chamaram a atenção na recente decisão conjunta da ADPF 132 e ADIn. 4277 sobre a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

¹¹ Como já fizemos menção noutra oportunidade, o “paralelo com o sistema português é muito significativo nesse sentido. De fato, podemos citar como exemplo a forma como foram tratadas duas questões extremamente polêmicas: o aborto e o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Nas eleições parlamentares da legislatura anterior à atual o Partido Socialista de José Sócrates havia colocado como plataforma de atuação a apresentação de projeto que permitisse o aborto. Vencedores na eleição convocaram um plebiscito para fevereiro de 2007, que por maioria (59,25% dos votantes) aprovou a despenalização do aborto, em seguida o projeto foi posto, discutido e aprovado em abril daquele ano (sobre o aborto em Portugal, cf. <<http://www.aborto.com>>). Ao final

preocupante, pois que, após tanta luta pela abertura democrática, para o pluralismo político e liberdade de ideias, quando finalmente há uma estrutura estatal a garantir tudo isso, percebe-se que o sistema político não tem servido como principal canal de formação da vontade do Estado, ao contrário, temas polêmicos – como o aborto de anencéfalo (ADPF 54) e como os citados temas da união civil entre pessoas do mesmo sexo (ADPF 132 e ADIn. 4277) e da adoção entre casais homoafetivos – ou não são levados ao Legislativo, ou, quando são, este não decide, sendo a questão levada ao Judiciário, que vem aplicando diretamente a Constituição, sem, contudo, gerar “regras gerais” dado que este não é seu papel.

Retomando a questão do direito de minorias, podemos tomar o caso das reivindicações do movimento LGBT como paradigmáticas da inércia legislativa. Há vários anos tramitam Projetos de lei que visam reconhecer direitos àqueles; estes, no entanto, vêm sendo sistematicamente arquivados ou estão se *arrastando*. Essas discussões vêm, pelo menos, desde a constituinte de 1987-88, na qual se discutiu a permanência ou não da expressão “orientação sexual” entre as formas de discriminação proibidas (do que viria a ser o inciso IV do art. 3º da Constituição).¹² Sobre Projetos de

da legislatura o Partido Socialista aprovou na Convenção, entre as propostas para as eleições que viriam a aprovação do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Vencedor nas eleições, o Partido logo enviou projeto à Assembléia, que o aprovou “na generalidade” em janeiro de 2010 e definitivamente no mês seguinte (sobre o histórico da tramitação deste projeto ver <<http://casamentocivil.org>>). BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Crise da Democracia Representativa - infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. Revista Brasileira de Estudos Políticos, nº 100, jan/jun de 2010, Edição em Homenagem ao Professor Orlando Magalhães Carvalho; Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, p. 60.

¹² Vale a pena conhecer os debates havidos na constituinte sobre o tema, já que misturam questões jurídicas a questões morais, religiosas e argumentos carregados de preconceito e desconhecimento do tema. Sobre isso ver: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A não-discriminação como Direito Fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais - LGBT. *Revista*

Emenda à Constituição e Projetos de Lei, podem ser citados: PEC n. 139/95, PEC 392/2005 e 66/2003, para (re)introduzir ao inciso IV do art. 3º a proteção contra discriminação por “orientação sexual”.¹³ O PL. 4.242/4, o PL. 3.770/00 e os PL. 05/03 e 5.003/01, tratavam, em termos gerais, da criminalização da homofobia, sendo, por isso, reunidos no PL 122/06.¹⁴

O PL. 1.151/95 visa regular a **união estável de pessoas do mesmo sexo**.¹⁵ Já houve vários projetos tentando regular a união civil. No entanto, “[n]os últimos 16 anos, foram apresentados mais de 20 projetos sobre gays; nenhum foi votado. Para o líder do PT na Câmara, Paulo Teixeira (SP), o Congresso ‘dormiu no ponto’ sobre um assunto de interesse nacional”.¹⁶

De outro lado, já há várias decisões judiciais que já há algum tempo reconhecem direitos aos homossexuais de forma pontual¹⁷.

de Informação Legislativa, v.186, abr./jun. 2010, p.89 - 115.

¹³ A primeira foi arquivada. Quanto às outras duas, de 2005 a 2007 não sofreram nenhuma votação, quando, então, foram arquivadas. Desarquivadas ainda em 2007, não tiveram qualquer movimentação de 2007 a 2011, quando foram novamente arquivadas. Então o Deputado Paulo Pimenta consegue desarquivá-las em fevereiro de 2011 e, até agora (maio/2011), não possuem nenhuma movimentação.

¹⁴ Foi aprovado na Câmara, mas ainda não conseguiu aprovação no Senado, sendo objeto de fortíssima oposição por grupos religiosos representados pela “bancada evangélica”. Cf. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A não-discriminação como Direito Fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais - LGBT. *Revista de Informação Legislativa*, v.186, abr./jun. 2010, p. 97-98.

¹⁵ Em 1996 uma Comissão Especial deu parecer favorável ao Projeto. Daí ele passou por várias sessões do Plenário sem que fosse apreciado até que foi retirado de pauta por acordo dos líderes em 2001. Em 2007 é pedido seu desarquivamento e, de lá até o momento, nenhuma apreciação houve do projeto.

¹⁶ FOLHA DE SÃO PAULO – Cotidiano. *Projetos pró-gays caducam e Congresso ensaia autocrítica*. 07/05/2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0705201120.htm>>. Acesso em: 10/05/2011.

¹⁷ E também ações da Administração Pública, tanto na criação de Secretarias e Conselhos, mas também na concessão de direitos previdenciários e referentes

Boaventura de Sousa Santos pontuava, já em 2007:

Muitas das decisões judiciais protagônicas acabam por consagrar princípios e normas constitucionais para além ou ao contrário do está estabelecido na lei ordinária. No caso brasileiro, um bom exemplo dessa intervenção judicial está na protecção jurídica alcançada por casais homoafetivos. Nesse caso, aplicando o princípio constitucional da igualdade, as decisões judiciais têm atribuído direitos aos companheiros homossexuais a despeito da inexistência de uma lei específica que tutele seus interesses.¹⁸

Entretanto, é bom que se fique claro desde já, o uso do Judiciário dessa forma deve ser a última *ratio*, o último recurso e não, como por vezes se vê, a primeira/principal via de acesso de demandas público-políticas.¹⁹ Existe uma referência constante na literatura das benesses dessa estratégia, como nos emblemáticos precedentes implementados pela Corte presidida por Earl Warren, na Suprema Corte Norte Americana, com indicações de precedentes como o de 1954 e 1955, *Brown vs. Board of Education of Topeka*, no qual o aludido Tribunal declarou inconstitucional a segregação racial aos estudantes de escola pública.

Como noticia Hershkoff o precedente Brown “deu inspiração a uma geração de advogados que enxergavam o direito como uma fonte de libertação e transformação para grupos marginalizados”,²⁰ ou seja, como dito, enxergavam na via processual um mecanismo

a declarações de Imposto de Renda, etc. Cf. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A não-discriminação como Direito Fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais - LGBT. *Revista de Informação Legislativa*, v.186, abr./jun. 2010, p. 95 *et seq.* E agora, em maio de 2011 como já mencionado, o STF veio a reconhecer as uniões entre pessoas do mesmo sexo como uniões estáveis através do julgamento conjunto da ADPF 132 e ADIn. 4277.

¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. SP: Cortez, 2007, p. 20.

¹⁹ Nesse sentido ver o debate de Lenio L. Streck (*et al.*). Normas constitucionais inconstitucionais. Publicado no *Consultor Jurídico*, 19/07/2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario>>. Acesso em: 25/03/2010.

²⁰ HERSHKOFF, Helen, *Public Interest Litigation: Selected Issues and Examples*.

contra-majoritário mediante o qual os grupos marginalizados e não detentores de espaço nas arenas políticas poderiam obter direitos não assegurados pela Administração Pública²¹. Como noticia Aryeh Neier “desde o início dos anos 50, os tribunais são as formas mais acessíveis, e freqüentemente, os instrumentos mais efetivos do governo para falar sobre as mudanças alcançadas nas regras, pelos movimentos de protesto”.²²

Importa termos presente um ponto geralmente desconsiderado: é que o uso do Judiciário pode ser uma faca de dois gumes, pode se dar tanto na busca por avanços no que toca aos Direitos Fundamentais, mas também pode ser utilizado por setores conservadores interessados justamente em barrar avanços democráticos – algo que Boaventura de Sousa Santos em texto recente chama de *contrarrevolução jurídica*²³, lembrando ações como as que visaram anular políticas de cotas para negros em universidades;²⁴ ações contra demarcação de terras indígenas²⁵ e quilombolas;²⁶ criminalização do MST, etc.

www1.worldbank.org/publicsector/legal/PublicInterestLitigation (Acesso em: 26/11/2004).

²¹ ROSENFELD, Michel. Les décisions constitutionnelles de la cour suprême américaine pour la session 1998-1999: redéfinir les limites du fédéralisme au détriment des droits individuels. *Revue du Droit Public*, Paris, n. 5, p. 1329-1342, sept./oct. 2000.

²² No original: “Since the early 1950s, the courts have been the most accessible and, often, the most effective instrument of government for bringing about the changes in public policy sought by social protest movements.” NEIER, Aryeh. *Only judgment: the limits of litigation in social change*. Middletown: Wesleyan University Press, 1982.

²³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A contrarrevolução jurídica*. Disponível em: <<http://www.uc.pt/iii/novidades/CES-boaventura-contrarevolucao12-09>>. Acesso em: 27/04/2010.

²⁴ Como a ADPF 186, proposta pelo partido DEM contra cotas para negros na UnB.

²⁵ Como na polêmica envolvendo a demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol (RTJ 212/49).

²⁶ Como a ADIn. 3239, proposta pelo partido DEM contra Decreto que demarcou terras de remanescentes quilombolas

Outro ponto é que a colocação do Judiciário nessa posição de protagonismo o coloca como uma instância representativa não eleita, o que é problemático, como mostra Gisele Cittadino:

O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas.²⁷

A primeira e principal arena institucionalizada de discussão (ainda) é o **Legislativo** e como tal deve ser resgatada/reconstruída uma teoria constitucionalmente adequada sobre esta função essencial em um Estado Democrático de Direito

Ainda nesse aspecto (da reivindicação judicial de direitos), é emblemática a questão da judicialização da saúde no Brasil, na qual, de um lado, temos milhares de cidadãos que precisam de medicamento e tratamento não ofertados por políticas públicas idôneas, e de outro lado, temos decisões que desequilibram o orçamento público de saúde. Tal discussão vem se tornando importante em países como a África do Sul,²⁸ Etiópia,²⁹ Índia³⁰ entre outros,³¹

²⁷ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes*. 1ª reimpr., Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003, p. 17. Em sentido semelhante a crítica de Canotilho (CANOTILHO, J. J. Gomes. Resposta. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 26).

²⁸ JAICHAND, Vinodh. Estratégias de litígio de interesse público para o avanço dos direitos humanos em sistemas domésticos de Direito. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*. Ano 1. Número 1, 1º semestre de 2004, p. 134-149.

²⁹ BADWAZA, Yoseph Mulugeta. Public Interest Litigation as practiced by South African Human Rights Ngos: any lessons for Ethiopia? *At the Community Law Centre, Faculty of Law, University of the Western Cape*. 2003.

³⁰ BALAKRISHNAN, K.G.. Growth of public interest litigation in Índia. ROSENCRANZ, Armin; JACKSON, Michael, The Delhi Pollution case: The Supreme Court of India and the limits of judicial power', *Columbia Journal of Environmental Law*. v. 223, 2003.

³¹ MOLOT, Jonathan T. An Old Judicial Role for a New Litigation Era. *The*

ao discutir o papel da via judicial e processual para a obtenção de direitos fundamentais pelos grupos e camadas sociais marginalizados ou que não obtêm espaço nas arenas públicas institucionalizadas (como *v.g.* os Paramentos) para defesa dos seus direitos. Seria preciso induzir o cumprimento de um verdadeiro financiamento da saúde para tornar desnecessária a propositura das demandas;³² mas até lá como resolver tal paradoxo?

2. ANECESSÁRIA ABERTURA DO DIREITO PROCESSUAL A NOVOS CONTEÚDOS E DIMENSÕES.

Em face de toda essa complexidade posta o direito processual deve se descortinar a novos conteúdos e a novos desafios.

A começar pela efetiva absorção do ganho das teorias do direito, da teoria da Constituição e da filosofia.

Especialmente, no presente momento, no qual, estamos assistindo a tramitação de dois novos Códigos de Processo (Civil – PL 8046/2010³³ e Penal – PL 8045/2010³⁴) a análise de aplicação e dimensionamento do direito processual a partir do modelo constitu-

Yale Law Journal, v. 113, p. 27- 118, 2003.

³² Como demonstra Élidea Graziane Pinto “É preciso rever o modelo definido no artigo 77 do ADCT, o qual já deveria ter sido substituído por lei complementar desde 2005. Eis a raiz do problema: há uma omissão inconstitucional na falta de regulamentação da Emenda 29 que torna nebuloso o horizonte e que esconde a mais flagrante verdade não revelada pela União. Faltam recursos ao SUS, a despeito de a arrecadação federal bater recordes sucessivos e vertiginosos de crescimento, porque a União não tem nenhum dever de correlação de gasto mínimo na saúde em face do comportamento da sua receita. Enquanto o gasto mínimo federal continuar sendo corrigido apenas pela variação nominal do PIB e a regulamentação da Emenda 29/2000 continuar sendo inconstitucionalmente negligenciada, o SUS sofrerá não é com a falta da CPMF, mas com a regressividade do gasto federal em saúde.” PINTO, Elida. Volta da CPMF não corrigirá subfinanciamento no SUS. <http://www.conjur.com.br/2011-abr-02/volta-cpmf-nao-corrigira-subfinanciamento-sistema-unico-saude>

³³ http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=490267

³⁴ http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=490263

cional de processo deveria se tornar um pressuposto inafastável.

As garantias processual-constitucionais forjam um renovado formalismo constitucional, que induz a manutenção tão somente das técnicas processuais (instrumentalidade técnica) embasadas em fundamentos constitucionalizados (v.g. devido processo constitucional, contraditório, fundamentação).

Tais garantias passam a auferir um duplo espectro de atuação: manter sua dimensão formal e incorporar uma nova dimensão material.

Exemplo desta nova perspectiva são as garantias do contraditório e da fundamentação racional das decisões que além de exigir a oitiva bilateral e formal das partes e a aceitação de apresentação de quaisquer motivos, de modo formal, nas decisões, respectivamente passam a exigir o respeito ao direito de influir e de não ser surpreendido nas decisões, no que tange ao contraditório,³⁵ e a necessidade de explicitar uma fundamentação (racional) persuasiva da sociedade e que demonstre o significado empregado de quaisquer conceitos jurídicos indeterminados, princípios e cláusulas gerais nos provimentos judiciais.³⁶

³⁵ Conferir o art. 10 do PL8046/2010. Para maiores explicações da perspectiva: THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de processo*: São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n.168.

³⁶ O PL 8046 preconiza: “Art. 476. São requisitos essenciais da sentença: [...] Parágrafo único. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Art. 477. O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no

Aponte-se que tal concepção, de modo algum, advoga o retorno a posturas conceitualistas, próprias do início da ciência processual, nem mesmo o afastamento da busca de uma eficiência qualitativa³⁷ para o sistema processual.

todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes. Nos casos de sentença sem resolução de mérito, o juiz decidirá de forma concisa. Parágrafo único. Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas. Tal concepção já era defendida em: THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. cit. p. 128.

- ³⁷ Conforme preleciona Taruffo, podemos perceber pelo menos duas perspectivas de eficiência no sistema processual. Uma primeira, por mim nominada quantitativa, se definiria em termos de velocidade dos procedimentos e redução de custos, na qual quanto mais barata e rápida a resolução dos conflitos, maior eficiência seria obtida, sendo a qualidade do sistema processual e de suas decisões um fator de menor importância. Uma segunda perspectiva de eficiência (qualitativa) seria aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação e que conduziria à necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equânimes e, completaria, democráticas para aplicação do direito. Como o próprio Taruffo explicita, ambas as perspectivas seriam faces da mesma moeda, mas que podem e comumente são vistas como concepções contraditórias uma vez que um processo rápido e barato pode formar decisões incompletas ou incorretas, ao passo que para busca de uma decisão “justa” (correta e legítima) exige-se dinheiro, tempo e uma atividade compartilhada entre o juiz e os demais sujeitos processuais. Tal situação, nesses termos, costuma impor a escolha de uma das faces da eficiência e à exclusão da outra por completo. (TARUFFO, Michele. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*. CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008. p. 185 *et. seq.*) Infelizmente, em face de inúmeros fatores, o sistema processual brasileiro costuma trabalhar com a eficiência quantitativa, impondo mesmo uma visão neoliberal de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelos tribunais (padronização decisória), mesmo que isto ocorra antes de um exaustivo debate em torno dos casos, com a finalidade de aumentar a estatística de casos “resolvidos”. Chega-se ao requinte do Conselho Nacional de Justiça Brasileiro criar metas de produtividade (a Meta 2, por exemplo) e colocar em seu *site* um “processômetro” com o índice de produti-

O congestionamento dos tribunais tem ensejado a adoção de um grande número de medidas de restrição de acesso. Entretanto, a grande maioria dessas está sendo realizada sem respeitar as bases processuais constitucionais necessárias, que imporiam a busca de uma eficiência sem desprezar as garantias processuais constitucionais que asseguram a legitimidade da formação da decisão em uma renovada concepção do Estado Constitucional.

Nesse sentido, pode-se apontar uma coincidência nas várias reformas processuais que a América Latina vem sofrendo.

No final da década de 1980, os órgãos financeiros mundiais – FMI e Banco Mundial – pressionaram os países da América Latina a novas práticas de índole liberal.

Fora então proposto um conjunto de medidas, em novembro de 1989, por economistas de instituições financeiras baseadas em Washington (como o FMI, o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos), fundamentadas num texto do economista John Williamson, do “International Institute for Economy”, de modo a implementar um “ajustamento macroeconômico” dos países em desenvolvimento que passavam por dificuldades.

Tal situação é sintetizada por Bandeira:

Solução viável não se percebia para o problema da dívida externa, com o qual os desinvestimentos conjugavam-se, devido a crescente fuga de capitais tanto estrangeiros quanto nacionais, carreando a estagnação econômica, em meio de incontrolável processo inflacionário. Essa crise, que começava a afetar seriamente os interesses dos Estados Unidos ao reduzir na América Latina a capacidade de

vidade dos Tribunais brasileiros (www.cnj.jus.br - Acesso em 10/07/2009). A preocupação com a “eficiência” (quantitativa) e a “celeridade” está presente no projeto para o novo CPC. Logo no item 1 da Exposição de Motivos se lê: “Levou-se em conta o princípio da *razoável duração do processo*. Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça. A simplificação do sistema recursal, de que trataremos separadamente, leva a um processo mais ágil”.

importar e atender ao serviço da dívida externa, levou o Institute for International Economics a promover uma conferência, para a qual foram convidados economistas de oito países latino-americanos – Argentina, Brasil, Chile, México, Venezuela, Colômbia, Peru e Bolívia, com a finalidade de formular um diagnóstico e sugerir medidas de ajustamento para sua superação. Naquela oportunidade, o economista norte-americano John Williamson apresentou um documento, que continha dez propostas de reforma econômica sobre as quais havia amplo consenso em Washington, tanto entre os membros do Congresso e da Administração quanto entre os tecnocratas das instituições financeiras internacionais, agências econômicas do Governo norte-americano, Federal Reserve Board e think tanks. As propostas, visando a estabilização monetária e ao pleno restabelecimento das leis de mercado, consistiam em: 1 – disciplina fiscal; 2- mudanças das prioridades de gastos públicos; 3 – reforma tributária; 4 – taxas de juros positivas; 5 – taxas de câmbio de acordo com as leis de mercado; 6 – liberalização do comércio; 7 – fim das restrições aos investimentos estrangeiros; 8 – privatização das empresas estatais; 9- desregulamentação das atividades econômicas; 10- garantia dos direitos da propriedade (destacamos).³⁸

Entretanto, um balanço dessas reformas processuais realizadas demonstra que elas foram pouco eficientes quanto aos objetivos de minorar o congestionamento judiciário. Mas, por quê? A resposta de Bou i Novensà³⁹ é que políticas que não visem integrar, simultaneamente, reformas legais ao lado de aumento de mecanismos de acesso à jurisdição e de eficiência, terão muito poucas chances de êxito. Mais ainda, que a formulação destas políticas tem de contar com a participação e contribuição da sociedade civil organizada, não podendo ser tida como um assunto exclusivo de *experts*.⁴⁰

³⁸ BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. As políticas neoliberais e a crise da América do Sul. *Revista Brasileira de Política Internacional*. Brasília, n. 2, 2002, p. 135.

³⁹ BOU I NOVENSA, Marc. El sistema de justicia en América Latina: entre las reformas y la inercia institucional. *Documentos de Trabajo*. Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, Barcelona, n. 4, p. 1-26, 16 de diciembre 2004. Disponível em <www.iigov.org/wp/index.drt>. Acesso em 02/02/06.

⁴⁰ Cf. BAHIA, Alexandre G. Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no*

Esse também é o diagnóstico de boa parte daqueles que têm se debruçado sobre as reformas judiciais na América Latina, como mostram Smulovitz e Urribarri:

Evaluaciones recientes del proceso de reforma judicial coinciden en señalar que éstas han enfrentado problemas que derivan de la inadecuación del diagnóstico acerca de los problemas que se debían atender (Hammergren, 1999 y 2004), de rumbos de acción contradictorios (Domingo y Seider, 2002), de información inadecuada e insuficiente respecto de qué era necesario reformar (Hammergren, 1999) así como de resistencias políticas y burocráticas que han impedido la implementación de las reformas.⁴¹

E ainda, Sorj e Martuccelli:

los problemas del poder judicial son esencialmente ligados a una burocracia pública con dificultades para transformar “inputs” en “outputs”, los análisis sobre su funcionamiento y las acciones públicas para remediar estas dificultades se concentraron en los cambios administrativos que podrían mejorar su desempeño (sobre todo medidas tendientes a disminuir la congestión judicial y el retraso en la resolución de las causas como, por ejemplo, el abandono del sistema inquisitivo y su reemplazo por un sistema acusatorio o semi-acusatorio) o bien reformas que propiciaron medidas tendientes a facilitar la representación legal pública.⁴²

STJ: conflito entre interesses público e privado. Curitiba: Juruá, 2009.

⁴¹ SMULOVITZ, Catalina e URRIBARRI, Daniela. *Poderes Judiciales en América Latina: entre la administración de aspiraciones y la administración del derecho*. São Paulo e Santiago: iFHC/CIEPLAN, 2008, p. 10. Para um balanço sobre as reformas judiciais na América Latina ver PÁSSARA, Luis (compilador). *En Busca de una Justicia Distinta: experiencias de reforma en América latina*. 2ª ed. Ciudad de México: UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

⁴² SORJ, Bernardo; MARTUCCELLI, Danilo. *El desafío latinoamericano: cohesión social y democracia*. Buenos Aires: Siglo XXI; São Paulo: Instituto Fernando Henrique Cardoso (iFHC), 2008, p. 163. Cf. também Relatório do IFES, produzido por Henderson e Autheman (HENDERSON, Keith; AUTHEMAN, Violaine. *Un marco modelo para el informe sobre el Estado del Poder Judicial*

Cuarezma Terán, referindo-se às reformas judiciais na América Central, destaca que no:

contexto de este proceso complejo de reforma de la justicia, no debe sorprendernos que las reformas económicas, estructurales que se vienen llevando a cabo en muchos países en desarrollo impulsan a los de la región a abordar la reforma de la justicia como complemento necesario a la reforma económica y no como en lo que en realidad debe ser, un camino para el mejoramiento del Estado Social de Derecho y de la democracia y de mayor respeto para los derechos humanos (...). [Assim] la justicia, y particularmente la penal, que en su inicio postulaba como un requisito esencial para la promoción la tutela de los derechos humanos, comienza a verse en estrecha relación con el desarrollo económico, como un presupuesto para garantizar seguridad en la presencia de actores económicos y empresariales y promover las inversiones privadas nacionales y extranjeras.⁴³

Ademais, necessitamos perceber “qual” eficiência se adéqua a uma concepção de processo-constitucional.

Ao ver ainda manifestações de “desprezo” aos avanços do constitucionalismo, da filosofia, da sociologia e, mesmo, das ciências gerenciais por parcela dos estudiosos do direito processual, reduzindo-as a concepções teóricas desprovidas de importância, se deixa de perceber que estes pensadores ainda insistem em manter uma análise própria do panorama jurídico anterior à Constituição Brasileira de 1988.

para las Américas: lecciones aprendidas y estrategias de monitoreo y de información con miras a promover la implementación de la próxima generación de reformas. In: *TERCERA CONFERENCIA sobre Justicia y Desarrollo en América Latina y el CARIBE: principales tendencias de las últimas décadas y una visión de futuro*. Quito: IFES/BID, julio 2003, p. 25-26).

⁴³ CUAREZMA TERÁN, Sergio J. La reforma de la justicia en Centroamérica: avances, naturaleza, retos y peligros. El caso de Nicaragua. In: SERRANO CALDERA, Alejandro *et al.* (Ed.). *Legalidad, legitimidad y poder en Nicaragua*. Managua: Fundación Friedrich Ebert, 2004, p. 117-131.

Ademais, não se pode olvidar que o discurso mais corrente da processualística brasileira ainda está estagnado na década de 1970, quando da ocorrência do monumental projeto *Firenze* de acesso à justiça (presidido prioritariamente por Cappelletti – 1973-1978),⁴⁴ que apesar de sua indiscutível importância naquela época, já se encontra defasado pelas décadas de avanço da ciência jurídica, gerencial e filosófica.

Os desafios do direito processual, no entanto, não permitem mais uma análise meramente legislativa, no campo das reformas, mas exige um olhar panorâmico de nossa sociedade e uma postura também panorâmica do sistema processual, que abarque as leis processuais, mas também a infra-estrutura do Poder judiciário e seu gerenciamento, a utilização de uma litigância de interesse público para viabilizar a obtenção de direitos fundamentais pelos cidadãos, um processo democrático forjado no modelo constitucional, entre outras preocupações.

No entanto, tais constatações, com todo respeito, não permitem a adoção de algumas concepções teóricas chamadas em nosso país de “neoconstitucionalistas”⁴⁵ eis que estas posturas procuram, muitas vezes, ofertar uma mixagem de concepções jurídicas inconciliáveis sob um rótulo de novidade.

A definição “neoconstitucionalista” advém da busca por uma reconstrução da ciência jurídico-constitucional do 2º pós-guerra na Europa.⁴⁶

⁴⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. cit.

⁴⁵ Uma importante referência desse movimento é: CARBONELL, Miguel et al. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

⁴⁶ As Constituições pós 2ª Guerra abriram um novo paradigma no que toca ao papel dos Direitos Fundamentais. Antes as Constituições eram *Instrument of Government* e os direitos ali previstos deveriam servir apenas como “orientação” para o legislador, o que significava também que não poderia ser utilizada como defesa de um direito perante o Judiciário; agora, ao contrário, as Constitui-

Em países, como o Brasil, a “constitucionalização do direito” apenas acontece no atual regime democrático e levou não apenas a um aumento dos temas afetos à Constituição como também a uma mudança de postura tanto na doutrina⁴⁷, quanto na jurispru-

ções, muito mais extensas (espraiando seu alcance sobre todos os ramos do direito – fenômeno conhecido como “constitucionalização do direito”), traçam programas para o futuro, são Constituições Dirigentes, que pretendem trazer em si o planejamento das ações dos legisladores que se seguirem (independentemente da orientação política destes). Estas Constituições alargam o rol dos direitos fundamentais, dotando, inclusive, o cidadão e entes especializados (como o Ministério Público) de meios para a defesa judicial destes direitos. Note-se que, ao se falar em “Constituições Dirigentes”, a referência é a obra de Canotilho “*Constituição dirigente e vinculação do legislador*”, da década de 1970, que influenciou não apenas o constitucionalismo português mas também o constituinte brasileiro que deu origem à Constituição de 1988. Entretanto, o autor veio revisitando sua teoria até chegar à publicação da 2ª edição de seu livro, cujo Prefácio mostra uma mudança nos termos e fins da Constituição. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Prefácio (2ª edição). In: *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. V-XXX e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁴⁷ Quanto à doutrina, Daniel Sarmento mostra que, a partir de 88 surgem duas correntes doutrinárias no Brasil: o constitucionalismo brasileiro da efetividade e o pós-positivismo. Essas doutrinas precederam o que mais atualmente é chamado de neoconstitucionalismo. SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George S.; SARLET, Ingo W. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a j. j. gomes canotilho*. SP: RT; Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 24 et. seq. E: BARROSO, Luís Roberto. *El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho: el triunfo tardío del derecho constitucional en brasil*. México: UNAM, 2008. A respeito das consequências do aumento de temas na Constituição, Boaventura de Sousa Santos argumenta que “é verdade que a constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas, torna difícil a sua efetivação, mas não é menos verdade que esse catálogo amplo de direitos abre espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controlo da constitucionalidade do direito ordinário” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. SP: Cortez, 2007, p. 20).

dência⁴⁸ e vem se tornando hegemônica desde então, de forma que dificilmente se encontrará um autor entre nós que não trabalhe com os postulados de “princípios”, “ponderação”, “proporcionalidade”, “mínimo existencial”, “reserva do possível”, “proibição do retrocesso”⁴⁹ (etc), ainda que sob perspectivas teóricas díspares e, por vezes, promovendo mixagens teóricas de duvidosa sustentabilidade.

Alguns daqueles que se auto-intitulam “neoconstitucionalistas” se embasam em concepções muito díspares de reforço do papel do judiciário (com a redefinição do arranjo institucional das três funções estatais) e de leituras, ora axiológicas, ora normativas, dos princípios e das normas de “tessitura aberta” (como cláusulas gerais e conceitos indeterminados) e do próprio papel da Constituição (como ordem homogênea e concreta de valores, como processo de aprendizagem social, entre outras) e de formas de “concretizá-la”, como o princípio da proporcionalidade.⁵⁰

⁴⁸ Quanto a esta, percebe-se, por exemplo, um crescimento da chamada “jurisdição constitucional”, concebida esta tanto como a aplicação ordinária da Constituição pelos tribunais, afastando leis e atos normativos que lhe seja contrária, quanto o alargamento do controle concentrado de constitucionalidade.

⁴⁹ Cf. SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil..., *op. cit.*, p. 26, nota 72. Quanto aos princípios, o que se percebe é que há a invocação de princípios sem qualquer lastro normativo, o que possibilita “fundamentar” qualquer decisão judicial. Sobre isso, diz Sarmento: “os operadores do direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões (...). Os campeões têm sido os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. O primeiro é empregado para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tido como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos [como o legislador] pelas suas próprias” (SARMENTO, *idem*, p. 41-42).

⁵⁰ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 38 *et. seq.* ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*.

Além disso, por vezes parece que os ditos neoconstitucionalistas apresentam, em média, leituras superficiais e apressadas do sistema jurídico, se valendo do pensamento de grandes juristas,

México: Distribuciones Fontamara, 1993. ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999, pp. 55-66. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2002. Para críticas, ver HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, p. 302ss. HABERMAS, Jürgen, Remarks on Erhard Denninger's Triad of Diversity, Security, and Solidarity. *Constellations*, Oxford, vol. 7, n. 4, 2000, p. 526. HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 355 et. seq. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La Tesis del Caso Especial y el Positivismo Jurídico. *Revista Doxa*, Alicante, n. 22, 1999, p. 209-210. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 156. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Hermenêutica Constitucional e Democracia. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, n. 5 e 6, vol. 3, 1^o e 2^o semestres 2000. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4^a ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 1243. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Antisemitismo, tolerância e valores: anotações sobre o papel do Judiciário e a questão da intolerância a partir do voto do Ministro Celso de Mello no HC 82.424. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 847, p. 443-470, maio 2006. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Constituição e Processo: a decisão em sede de controle de constitucionalidade vista a partir da constitucionalização do processo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 07, vol. 01, p. 102-133, jan/jun 2006. Para uma crítica do reforço do papel do Judiciário na Alemanha (de onde proveem boa parte dos institutos que temos posto em prática no Brasil, como a proporcionalidade), ver MAUS, Ingeborg (Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, novembro 2000, p. 183-202). HABERMAS, Jürgen (*Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, p. 317-322). BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o Judiciário como Superego da Sociedade. *Revista CEJ*, Brasília, v. 30, p. 10-12, setembro 2005.

que jamais assim se intitularam (*v.g.* como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Santiago Nino, Jürgen Habermas).

Ademais, muitos destes pensadores defendem posturas retrógradas de reforço do papel do julgador que viabilizam uma postura decisionista de aplicação das concepções pessoais (voluntarísticas) deste.⁵¹

Neste passo, há de se combater com veemência um ativismo judicial inventivo e intervencionista (decisionismo), mas,

⁵¹ Como já observou Daniel Sarmento: “No Brasil, é muito comum traçar-se um paralelo entre a defesa do ativismo judicial e posições sociais progressistas. Talvez isso se deva ao fato de que, na nossa história, o Judiciário brasileiro tem pecado muito mais por omissão, acumpliciando-se diante dos desmandos dos poderes político e econômico, do que por excesso de ativismo. Neste quadro, quem ousa questionar possíveis exageros na judicialização da política e da vida social no Brasil de hoje é logo tachado de conservador. Porém, o paralelismo em questão não existe. Muitas vezes, o Poder Judiciário pode atuar bloqueando mudanças importantes promovidas pelos outros poderes em favor dos excluídos, defendendo o status quo. E esta defesa pode ocorrer inclusive através do uso da retórica dos direitos fundamentais. Isso se deu, por exemplo, nos Estados Unidos nas primeiras décadas do século passado, em período que ficou conhecido como Era de Lochner, quando a Suprema Corte impediu sistematicamente a edição de legislação trabalhista e de outras medidas que implicavam em interferência na esfera econômica em proveito das classes desfavorecidas, com base numa leitura substantiva da cláusula do devido processo legal. No cenário contemporâneo, Ran Hirshl sustenta que o processo de judicialização da política que vem ocorrendo nos últimos anos em diversos países do mundo - ele fez um atento, ainda que controvertido, estudo dos casos do Canadá, Israel, África do Sul e Nova Zelândia -, teria como pano de fundo uma tentativa das elites econômicas e culturais, que perderam espaço na política majoritária, de manterem o seu poder, reforçando no arranjo institucional do Estado o peso do Judiciário, no qual elas ainda têm hegemonia. E, aqui no Brasil, será que a proteção absoluta que vem sendo conferida ao direito adquirido - inclusive o de furar teto salarial do funcionalismo fixado por emenda à Constituição - e o “ultra-garantismo” penal nos crimes do colarinho branco não seriam exemplos deste mesmo fenômeno?” (SARMENTO, Daniel. *Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>).

paradoxalmente, não se pode impedir a utilização do processo constitucionalizado e da Jurisdição constitucionalizada no exercício contra-majoritário e garante de direitos fundamentais.

3. POR UM PROCESSUALISMO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

No entanto, apesar dessa importante advertência de não se estar buscando uma postura neoconstitucional (expressão carente de maiores fundamentações), precisamos, de uma vez por todas, perceber o impacto das concepções dinâmicas dos direitos fundamentais para o direito processual, de modo a permitir a obtenção de resultados eficientes e legítimos para os cidadãos que clamam por um acesso à justiça revigorado pela concepção de um Estado Constitucional Democrático.

Tal postura teórica aqui apresentada, que se inaugura em nosso país, afasta uma análise pontual de institutos e técnicas processuais e tenta promover e insistir numa valorização da análise do panorama macro-estrutural estatal e jurídico na busca de soluções técnicas consentâneas com os avanços dos direitos ocorrida desde o segundo pós-guerra nos países europeus e que desaguaram em nosso país pós 1988.

É a partir desse pressuposto que se deve tematizar e entender o **processualismo constitucional democrático** como uma concepção teórica que busca a democratização processual civil mediante a problematização das concepções de liberalismo, socialização e pseudo-socialização processual (neoliberalismo processual) e da percepção do necessário resgate do papel constitucional do processo como estrutura de formação das decisões, ao partir do necessário aspecto participativo e policêntrico das estruturas formadoras das decisões.⁵²

⁵² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. cit.

Tal processualismo científico, revigorado pelas concepções constitucionalizantes, passa a se preocupar com um viés mais panorâmico da aplicação do direito, de modo a suplantar a mera análise das legislações processuais e investindo na compreensão dos fundamentos estatais e paradigmáticos de problemas envolvendo a própria concepção do processo e da jurisdição, mas, também, do Estado democrático, das litigiosidades e da leitura dos direitos fundamentais. Não se olvida, ainda, da problemática da ocorrente crise do Estado Brasileiro e das possíveis soluções dos descaminhos.

Em assim sendo promove uma análise do sistema processual que suplanta a mera interpretação técnica e dogmática ao verificar as grandes características e questões latentes no direito processual brasileiro, que padecem de peculiaridades no contexto de sua aplicação.

Não é mais possível reduzir o processo a uma relação jurídica vista como um mecanismo no qual o Estado-juíz implementa sua posição de superioridade⁵³ de modo que o debate processual é relegado a segundo plano.

⁵³ No mesmo sentido: “[...] qual seja o justo, não é lei a dizê-lo. É ao juiz que é entregue a atribuição de colocar em evidência uma íntima unidade naquela multiplicidade, vale dizer, de escolher a disposição normativa que a ele pareça medianamente a mais justa. E conquanto recorra com formalismo e método também aos usuais expedientes hermenêuticos, não por isso encontrará uma disposição de lei que a acolha, que lhe coloque limites jurídicos a sua escolha. Qualquer resultado ao qual ele chegue estará sendo autorizado antecipadamente pelo Estado como aquele justo, revestido da força da coisa julgada. [...] O poder autônomo de determinar o direito por parte do juiz alcança o fim de surgir vitoriosamente, até contradizendo significados normativos consolidados, até opondo-se ao querer e ao desejo do legislador. Essa é consequência das múltiplas dificuldades que se podem opor à precisa compreensão da palavra da lei, (destacamos) (tradução livre) BÜLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt. Juristische Zeitgeschichte*. Berlin: Berliner Wissenschafts, 2003. v.10, p. 34-36). No original: “*Welche von ihnen die richtige ist, darüber spricht sich das*

Esta visão olvida que o processo deve se desgarrar dessa concepção de mecanismo de dominação e deve ser percebido em perspectiva democrática e garantidora de direitos fundamentais, permitindo de um lado uma blindagem (limite) às atividades equivocadas das partes, advogados e juízes e de outro garante a participação e influência de todos os envolvidos e de seus argumentos nas decisões por ele (processo) formadas.⁵⁴ O processo deve garantir a implementação dos direitos, especialmente, fundamentais.

Nesses moldes, tornar-se-ia necessário o aumento da importância do processo constitucional,⁵⁵ mas ao mesmo tempo com rechaço das formalidades exacerbadas e das decisões judiciais solitárias (solipsismo judicial), como alguns ainda defendem com ares de novidade.⁵⁶

Perceba-se que não é mais possível associar a defesa de mais processo constitucionalizado com uma defesa de maior formalidade processual, uma vez que qualquer argumento nesse sentido, além de

Gesetz nicht aus. Dem Richter bleibt es überlassen, aus jener Vielheit eine innerliche Einheit herauszustellen oder vielmehr diejenige Rechtsbestimmung zu wählen, die ihm als die durchschnittlich richtigste erscheint. Und so pflichtmäßig und sorgsam er hierbei auch alle zugänglichen Auskunftsmittel zu Rathe zieht, so ist ihm hierfür dorch keine Gesetzesanweisung gegeben und bei der Wahl keine Rechtsschranke gesetzt. Jedes Ergebniß, zu dem er gelangt, ist in voraus vom Staate als das Richtige genehmigt, mit Rechtskraft bedacht! [...] Die selbständige Rechtsbestimmungsmacht des Richteramts vermag aber endlich sogar im Widerspruch zum wirklichen, fest bestimmten Gesetzssinne, im Gegensatz zum Wollen und Hoffen des Gesetzgebers siegreich zum Durchbruch zu kommen. Es wird dies durch die vielen Schwierigkeiten ermöglicht, die sich dem richtigen Verständnis des Gesetzeswortes entgegenstellen können”.

⁵⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. cit. p. 208-212.

⁵⁵ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do estado democrático de direito*. *Revista eletrônica de direito processual - UERJ*, v. 4, p. 224-250, jul./dez. 2009

⁵⁶ NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium editora, 2006. p. 267-269.

falacioso, impede a visão de uma das principais funções de qualquer processo constitucional, qual seja, garantir a participação dos interessados na decisão (que sofrerão seus efeitos); além de permitir o controle dos argumentos solitariamente encontrados pelo órgão decisor, que sem o debate (sem o processo) certamente poderá se equivocar e gerar efeitos processuais nefastos, sem, ainda, esquecer a obtenção de eficiência na aplicação dos direitos.

No que tange à “litigiosidade de varejo” (processos pontuais envolvendo problemas específicos de alguns cidadãos) já se percebeu em outros países que a falta de debate no “processo”, que tramita no juízo de primeiro grau, fomenta e torna necessário o uso de recursos, uma vez que a possibilidade de erro judicial, ou que os argumentos das partes não sejam suficientemente analisados, potencializa a utilização de recursos com grande chance de êxito (acatamento pelo órgão *ad quem*).

Ao passo que quando a decisão é proferida com debate (com respeito ao processo constitucional) o uso dos recursos é diminuído, ou sua chance de êxito (reforma) é bastante minorada, garantindo que técnicas de julgamento abreviado (por ex.: julgamento liminar pelo juízo monocrático: relator), ou de executividade imediata da sentença,⁵⁷ não inviabilizem a obtenção de direitos fundamentais, eis que o primeiro debate, permitido no juízo de primeiro grau, com respeito efetivo aos princípios constitucionais (devidamente interpretados), com uma oralidade ou escritura levada a sério,

⁵⁷ Vide o art. 282 do *Codice di procedura civile* italiano, que conduziu a reforma portuguesa de 2003 e a proposta do art. 969 da PL 8046-2010 brasileira (para um novo CPC). Percebe-se que a adoção da executividade imediata da sentença exige a análise de dados estatísticos das taxas de reforma das sentenças. Caso haja baixas taxas a opção seria aconselhável, caso contrário não. Esta é uma constatação da importância do primeiro grau e da necessidade de seu reforço para geração de resultados com legitimidade. No Brasil, não contamos com dados fidedignos acerca da temática, mas, os poucos dados indicam taxas superiores a 20% (cf. <http://www.conjur.com.br/2009-fev-20/justica-trabalho-onde-recorre-reformam-decisoes>).

garante uma participação e influência adequada dos argumentos de todos os sujeitos processuais.⁵⁸

A aposta na cognição do juízo de primeiro grau, já recorrente há décadas no discurso comparado, em face de sua real eficiência, é obscurecida por seu sucateamento em face do reforço e padronização de decisões pelos Tribunais.

Ademais, não se pode ainda olvidar que a “litigiosidade de alta intensidade” (coletiva e serial) merece tratamento dogmático próprio,⁵⁹ com o delineamento de um verdadeiro micro-sistema de litigiosidade repetitiva no PL 8046/2010.⁶⁰

Não nos esqueçamos, ainda, que ao se falar em Processo existiria um consenso, entre os teóricos, de que se deve trabalhar com uma instrumentalidade técnica (que não se confunde com instrumentalismos jurídicos)⁶¹ e com uma análise constitucional (de modo que a criação, reforma e interpretação do sistema processual deve se dar a partir do modelo constitucional de processo).

⁵⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. cit., p. 224.

⁵⁹ NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. In: THEODORO JUNIOR, Humberto. *Tutelas diferenciadas*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

⁶⁰ PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. *Revista de Informação Legislativa*, 2011 (no prelo)

⁶¹ Gonçalves defende a instrumentalidade técnica, que garante um processo que “[...] se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos”. (GONÇALVES, 1992, p. 171). A instrumentalidade técnica não deve ser confundida com as defesas de linhas instrumentalistas, do realismo norte-americano, ou brasileiras, que acreditam no protagonismo judicial como mecanismo para a aplicação do direito com base em valores uniformemente compartilhados pela sociedade, eis que não se acredita na existência desses valores uniformes em sociedades altamente complexas e plurais como as nossas.

Nesses termos, qualquer interpretação do sistema em perspectiva formalística (a forma pela forma), que não busque um formalismo constitucionalmente adequado (vacionado à defesa e manutenção dos direitos fundamentais, em perspectiva normativa), estará desgarrado do processo constitucional e representará um retrocesso.

No entanto, em sentido contrário, qualquer interpretação que busque destruir a necessidade do processo como estrutura garantística de aplicação e viabilização do exercício de direitos fundamentais seria inconstitucional, por impedir a participação e o debate processual na formação dos provimentos, além de cancelar as variadas formas de decisionismo, tão caras às diversas formas de discursos autocráticos (militares, econômicos, neoliberais etc.).

Porém, a discussão do modo de se implementar soluções constitucionais de implementação pragmática de um modelo processual legítimo e eficiente passaria pela real implementação de políticas públicas de democratização processual (acesso à justiça revigorado) que sejam seriamente debatidas por todos os envolvidos no sistema de aplicação de tutela e não por discursos ideológicos (como os neoliberais de pseudo-socialização), como vem ocorrendo no Brasil, na atualidade, que geram até mesmo treinamentos para magistrados que deveriam passar a analisar o direito em perspectiva meramente econômica.

Não há como se acreditar que todos os juízes possuam uma formação acadêmica plena (jurídica, administrativa, política, econômica, filosófica e sociológica) que viabilizaria a aplicação do direito (e administração das tramitações procedimentais) sem o subsídio técnico do processo e dos demais sujeitos de direito interessados e participantes (partes, advogados, órgãos do MP, auxiliares do juízo) além de uma logística uniforme de administração das rotinas estruturais.

A confiança nas virtudes diferenciadas dos juízes, em seu protagonismo, já deixou de ser algo defensável, para se transformar em um pesadelo para esses órgãos de execução do Estado, pressionados

a fornecer decisões democraticamente formadas, sem auxílio de ninguém (nem mesmo técnico do processo), em escala industrial (alta produtividade), sem infra-estrutura adequada e sofrendo críticas de todos os seguimentos da sociedade.

Com o aumento da complexidade normativa que impera na atualidade, a solução do sistema não pode partir tão-somente dos juízes, mas, como asseverava Fritz Baur em 1965, em preleção que serviu de base para as grandes reformas do processo alemão em 1976, **de todos os implicados dentro do processo**.⁶²

No entanto, para além do que o mestre alemão dizia naquela oportunidade, a solução deve passar pela busca de uma política pública da qual participem todos os seguimentos acadêmicos e profissionais, e em relação a esses últimos com uma quebra do debate belicoso entre as profissões jurídicas.⁶³

O quadro de guerra que as profissões no Brasil mantêm é completamente dispensável, uma vez que a implementação de um modelo processual que seja legítimo e funcional passa pela adequada preparação técnica e responsável de todos os envolvidos – juízes, advogados, MP, auxiliares da justiça – (comparticipação) e não pela atribuição de culpa recorrente (pelos problemas) ao *alter* (que não faz parte de sua categoria profissional).

Em outras palavras, o que se quer dizer, que sem o trabalho participativo de todos os órgãos de classe e instituições (OAB, AMB, CNJ, CNMP etc.) e de todos os envolvidos, inclusive engajando e preparando tecnicamente para o exercício de seus respectivos múnus, não existirá possibilidade de alteração pragmática.

⁶² BAUR, Fritz. *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß*. Berlim: Walter de Gruiter & co., 1966. p. 7.

⁶³ CAPONI, Remo. Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel Processo Civile tedesco dopo la riforma del 2001. le prove nel processo civile. *Atti del XXV Convegno Nazionale*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 274. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. cit., p. 263.

E se percebe que esse trabalho poderia ser desenvolvido em etapas, formatando-se diversos projetos-piloto, que partiriam do perfil generalista do profissional brasileiro,⁶⁴ e fomentaria uma participação ativa de todos os sujeitos processuais no debate necessário para a preparação dos provimentos. E não somente de reformas globais dos Códigos, desprovidas de um diagnóstico prévio dos problemas, e que se impõem em tempo vertiginoso...⁶⁵

Desse modo, há de se perceber a clara ressonância dos paradigmas estatais, a partir do delineamento do Estado de Direito, na forma de se perceber o sistema processual.

Para se viabilizar uma reconstrução do estudo do sistema jurídico processual poderíamos nos valer da perspectiva tradicional, que o analisa da fase primitiva até o processo romano, e após faz incursões na fase judicialista,⁶⁶ dos práticos,⁶⁷ procedimentalista,⁶⁸

⁶⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. cit., p. 13. No mesmo sentido: “[...] a formação dos profissionais no Brasil sempre fora vocacionada à criação de um profissional GENERALISTA (como na Holanda) que não se preocupa e nem pode com uma especialização profissional, mas que deve se comprometer, como o sistema jurídico lhe impõe, a conhecer medianamente uma centena de legislações e procedimentos diferenciados (especiais) para conseguir conduzir adequadamente sua prática jurídica.” (NUNES; BAHIA, 2008)

⁶⁵ NUNES, Dierle; BARROS, Flaviane. Macro-Structural Procedural Reforms In Brazil. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 26, n. 2: 7-40, jul./dez. 2010

⁶⁶ Que surge em Bolonha no século XII fazendo estudos em torno do *ordo iudiciarius* ou *ordo ius* do direito comum e ítalo-medieval, representando para o direito processual o que o Direito Romano representa para o direito privado (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Evolución de la doctrina procesal*. In: CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría general e historia del proceso* (1945-1972). México: UNAM, 1974. t. II, p. 297)

⁶⁷ Característica de vários países europeus, especialmente sobre o controle espanhol, ao longo dos séculos XVI a XIX, no qual a opinião dos práticos (praxistas) tinha o condão de se sobrepor aos preceitos legais, representando mais uma arte, decorrente da prática obtida, do que uma ciência (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Evolución de la doctrina procesal*. cit., p. 299-302).

⁶⁸ De origem nitidamente francesa, posterior à Revolução Francesa, nessa fase

e do processualismo científico germânico⁶⁹ e italiano.⁷⁰

No entanto, tal perspectiva não nos oferta suficientes e necessários subsídios para a compreensão e reconstrução da ciência processual.

houve um grande estudo da organização judiciária, competência e procedimento, além de estudos de enorme importância no campo probatório (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Evolución de la doctrina procesal. cit.*, p. 303-307).

⁶⁹ Como informa Zamora y Castillo, tal linha teórica fora inaugurada por Oskar Bülow, que, em 1868, “[...] publica em Giessen seu célebre livro A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais (Die Lehre von den Prozesseinreden und die Processvoraussetzungen), no qual concebe o processo como uma relação jurídica que progressivamente se desenvolve. Essa concepção, que possuía antecedentes remotos, como os de Búlgaro de Sassoferato e Bernardo Dorna, juristas italianos da Idade Média, lembrados a respeito por Wach, Chiovenda e Florian, é genuinamente alemã: alemães são o filósofo Hegel, que a vislumbra, Bethmann-Hollweg, que a sustenta, Bülow, que a desenvolve. Alemães são também aqueles que a difundem; aqueles que trazem a ela retificações ou variantes (como Köhler ou Hellwig); aqueles que a adaptam aos distintos ramos do processo (como John e Von Kries no penal ou Otto Mayer no direito administrativo”. (tradução livre) (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Evolución de la doctrina procesal. cit.*, p. 308). Agreguem-se aos nomes citados, entre os alemães, Julius Wilhelm von Planck, Heinrich Degenkolb, Wilhelm Kisch e o grande James Goldschmidt. Não se pode ainda esquecer da importância de autores não alemães nessa perspectiva, como o húngaro Alexander Plösz, e os austríacos Anton Menger e Franz Klein, grande artífices das bases reformistas do processo civil no século XX (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.). Ainda não se poderia esquecer de autores como Wilhelm Sauer, Arthur Nikisch, Wolfgang Bernhardt, Arwed Blomeyer, Adolph Schöнке, e mais recentemente, Fritz Baur, W. J. Habscheid, Gerhard Walter, Rolf Stürner, entre outros.

⁷⁰ Obra dos grandes mestres italianos: Ludovico Mortara, Mattiolo, Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti e, mais tarde, Enrico Redenti, Piero Calamandrei, Enrico Tullio Liebman, Mauro Cappeletti, e mais recentemente, Giuseppe Tarzia, Elio Fazzalari, Andrea Proto Pisani, Nicola Picardi, Remo Caponi, Lucio Lanfranchi, entre outros.

Nesses moldes, preferimos seguir a percepção dos grandes paradigmas estatais, típicos do Estado de Direito, que nos ofertam um horizonte interpretativo (em perspectiva macro-estrutural) e as características da leitura do sistema processual.

Obviamente, que essa perspectiva não nos oferta, com precisão completa, elementos que assegurem a presença de suas características em todos os locais e momentos típicos de determinada quadra histórica, porém, nos proporcionam os subsídios necessários à compreensão e crítica do sistema de processual, notadamente civil.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto pretendeu tão só provocar o debate sobre temáticas de pesquisa, melhor desenvolvidas em outras sedes⁷¹ na busca da implementação do denominado *processualismo constitucional democrático* e da percepção dos desafios que essa perspectiva teórica tem por ofertar e dimensionar.

Os macro-modelos de estruturação do processualismo científico (liberalismo processual e socialização processual), centrados em dogmas de protagonismo (das partes e advogados ou dos juízes), não conseguem resolver os problemas de eficiência e de legitimidade dos sistemas normativos (extremamente complexos) da atualidade.

Defende-se a interpretação e implementação do processo a partir de uma visão da Constituição como processo de aprendizado

⁷¹ Para uma análise mais acurada das questões postas no presente ensaio conferir: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do estado democrático de direito. *Revista eletrônica de direito processual - UERJ*, v. 4, p. 224-250, jul.-dez./2009. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro - Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 189, nov./2010.

social⁷² e a partir de um policentrismo processual (com importância e divisão de papel entre todos os envolvidos), de modo a entender o processo como uma garantia e não como um entrave.

Ademais, não se pode mais acreditar no papel da magistratura como um papel-missão de, com sensibilidade, captar valores uniformemente compartilhados pela sociedade⁷³, insculpidos na Constituição, mas, de um garante da normatividade e dos direitos fundamentais que forma sua decisão conjuntamente com os demais participantes a partir do processo e não apesar dele.

Além desse aspecto, não se pode mais acreditar que em um Estado democrático de direito o Judiciário deixe de julgar casos e passe a julgar somente teses, como a lógica da produtividade e da eficiência a qualquer custo parece impor.

⁷² Sobre isso ver: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004; CARVALHO NETTO. Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 151; e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 44-45.

⁷³ Até porque não há valores que sejam homogeneamente compartilhados por todos em sociedades complexas e pós-metafísicas como as nossas. Não compartilhamos os mesmos valores, nem as mesmas concepções éticas, morais ou religiosas. A única coisa sobre a qual podemos concordar é sobre o modo (o procedimento) de dissenso que produz consensos. Sobre isso ver HABERMAS, Jürgen (*A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 355 *et. seq.*) e BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas, *cit.*

O processo e a jurisdição constitucionalizados devem garantir e implementar os direitos fundamentais, e, se necessário, viabilizarem um espaço contramajoritário de sua efetivação.

PROCESS, JURISDICTION AND CONSTITUTIONAL DEMOCRATIC PROCESSUALISM IN LATIN AMERICA: SOME NOTES

ABSTRACT

The text performs an analysis of transitions in the study of procedural law and the need for taking a democratic constitutional perspective based on redemption of the importance of the process, on comparticipation and polycentrism.

Key-Words: Policentrism – Comparticipation – reforms – Adjudication - Procedure

